

RECOMENDACIÓN No. SCPM-DS-2022-001

Danilo Sylva Pazmiño

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

CONSIDERANDO:

Que el artículo 213 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que: *“Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general (...)”*;

Que el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, determina: *“Las Instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce de los derechos reconocidos en la Constitución”*;

Que el artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone: *“Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.”*;

Que el artículo 335 de la Constitución de la República, prescribe: *“(...) El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”*;

Que el artículo 336 de la Constitución de la República, señala: *“(...) El Estado asegurará la transparencia y eficacia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.”*;

Que el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala: *“Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría (...)”*;

Que el artículo 7 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece: *“Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) es el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes (...)”*;

Que el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina: *“El Servicio Nacional de Contratación Pública ejercerá la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública (...)”*;

Que el artículo 21 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone: *“El Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador COMPRAS PÚBLICAS será de uso obligatorio para las entidades sometidas a esta Ley y será administrado por el Servicio Nacional de Contratación Pública. El portal de COMPRAS PÚBLICAS contendrá, entre otras, el RUP, Catálogo electrónico, el listado de las instituciones y contratistas del SNCP, informes de las Entidades Contratantes, estadísticas, contratistas incumplidos, la información sobre el estado de las contrataciones públicas y será el único medio empleado para realizar todo procedimiento electrónico relacionado con un proceso de contratación pública, de acuerdo a las disposiciones de la presente Ley, su Reglamento y las regulaciones del SERCOP. (...) La información relevante de los procedimientos de contratación se publicará obligatoriamente a través de COMPRAS PÚBLICAS. (...)”*;

Que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado fue creada mediante la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011, como un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa;

Que el 06 de noviembre de 2018, la Asamblea Nacional de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador y de acuerdo a la Resolución del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social No. PLE-CPCCS-T-O-163-23-10-2018, de 23 de octubre de 2018, según fe de erratas de 5 de noviembre de 2018, posesionó al doctor Danilo Sylva Pazmiño como Superintendente de Control del Poder de Mercado;

Que el artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, prescribe: *“Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.”*;

Que el artículo 37 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, establece: *“Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica (...)”*;

Que los números 1 y 11 del artículo 38 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, determinan como atribuciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, que se ejerce a través de sus órganos el: *“1. Realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes. Para ello podrá requerir a los particulares y autoridades públicas la documentación y colaboración que considere necesarias (...) 11. Emitir recomendaciones de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de la competencia en los mercados.”*;

Que mediante oficio No. SCPM-IGT-2020-028 de 19 de mayo de 2020, se remitió al Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP- recomendaciones generales para la mejora de la competencia en procesos de contratación de emergencia;

Que mediante oficio No. SCPM-IGT-2020-030 de 29 de mayo de 2020, se remitió al Ministerio de Salud Pública y a la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria -ARCSA-, con copia al Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP- recomendaciones generales sobre el control y vigilancia sanitaria en procesos de contratación pública para garantizar la plena y efectiva aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado;

Que mediante oficio No. SCPM-IGT-2020-032 de 01 de junio de 2020, se remitió al Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP- recomendaciones generales para la mejora de la competencia entre los oferentes en los procedimientos de contratación pública a través de subasta inversa electrónica;

Que mediante oficio No. SCPM-2020-101 de fecha 10 de diciembre de 2020, se remitió al Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP- la *Metodología para identificación, revisión y eliminación de barreras normativas* para aplicación como herramienta técnica que permite analizar las normas y recomendar su reforma o eliminación en aquellos casos en que impongan barreras injustificadas o desproporcionadas;

Que mediante oficio No. SCPM-2021-103 de 20 de agosto de 2021, se remitió al Ministerio de Salud Pública, con copia al Servicio Nacional de Contratación Pública, recomendaciones generales para promover una sana y libre competencia en los procesos de contratación pública durante la declaratoria de emergencia en las unidades médicas adscritas al Ministerio de Salud Pública;

Que mediante oficio No. SCPM-2021-148 de 22 de noviembre de 2021, se remitió al Servicio Nacional de Contratación Pública la *Guía de Compliance en Competencia*, herramienta diseñada para encaminar un efectivo cumplimiento de la legislación de competencia, por parte de los operadores económicos;

Que en atención a la disposición dada por la Intendencia General Técnica, la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, a través de su Dirección Nacional de Estudios de Mercado procedió con la apertura del Expediente No. SCPM-IGT-INAC-003-2020 para desarrollar un estudio de mercado al Sistema Nacional de Contratación Pública correspondiente al periodo 2015-2020, y que, en amparo de los artículos 38, 48, 49 y 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que confieren las facultades de investigación a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, contiene la información requerida por la Dirección Nacional de Estudios de Mercado a los distintos operadores y reguladores del sector, así como el respaldo de las reuniones de trabajo efectuadas con distintos actores relacionados, para conocer la dinámica económica del sector, a fin de evidenciar, de ser el caso, la existencia de posibles distorsiones que tiendan a generar ineficiencias en el mercado; y,

Que la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, a través de la Dirección Nacional de Estudios de Mercado, presentó los resultados y conclusiones del estudio de mercado al Sistema Nacional de Contratación Pública correspondiente al periodo 2015-2020; mismos que luego fueron puestas en consideración de la máxima autoridad institucional.

Sobre la base de las consideraciones expuestas y en ejercicio de las atribuciones conferidas en el número 11 del artículo 38 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado,

RECOMIENDA:

AL SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (SERCOP):

1. Revisar que los distintos tipos de tratos preferenciales que son otorgados en la contratación pública (siendo estas preferencias por el tamaño de la empresa, o a los actores de la economía popular y solidaria, a los proveedores locales, a la producción nacional, o a los ganadores de sorteo), sin perjuicio de que dichos tratos se confieren por todo lo dispuesto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano desde la Constitución de la República hasta las normas de orden secundario, estos estén establecidos de forma técnica, con información suficiente, y con principios de proporcionalidad e igualdad de condiciones, con el fin de que en la menor medida de lo posible generen distorsiones en la competencia dentro de los procesos de contratación pública. En cumplimiento de lo anterior, el SERCOP deberá tomar en cuenta los lineamientos que constan en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) para la aplicación de regulación y formulación de política pública en materia de la mencionada Ley, que, entre otros lineamientos, establece en sus numerales 3, 6 y 10, lo siguiente:
 3. El reconocimiento de la heterogeneidad estructural de la economía ecuatoriana y de las diferentes formas de organización económica, incluyendo las organizaciones populares y solidarias;
 6. El establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre competencia; y,
 10. La necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes.
2. Gestionar ante el Legislador y/o el Ejecutivo la asignación de atribuciones para efectuar el seguimiento de todas aquellas contrataciones que incluyan fondos públicos y que no están incluidas o enmarcadas en el régimen de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCOP), siendo estas las consideradas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP), como son: i) contratos o convenios que se efectúan mediante la suscripción de alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar; y, ii) adquisición de bienes, servicios u obras determinados como giro específico del negocio; así también las referidas en la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera (LOIAPP). Esta recomendación se plantea debido a que actualmente los procesos de contratación pública mencionados no son observados ni controlados por el SERCOP, ni tampoco sus cifras o detalles son incluidos en los reportes de contratación de la entidad.
3. Diseñar e implementar metodologías y herramientas tecnológicas en los procesos de contratación pública que sirvan para el ejercicio del control interno y concurrente del SERCOP, y que asistan para la identificación temprana de prácticas potencialmente anticompetitivas o colusorias, como: vinculaciones accionarias, direccionamientos en procesos, o subcontrataciones; ganadores en primera oferta, ofertas falsas, o repartos de mercado; y, creación de empresas que obedezcan a estructuras simuladas para distorsionar la competencia. Estas metodologías y herramientas deberán ser apropiadamente compartidas con las diferentes

entidades contratantes a través de capacitaciones emitidas por el SERCOP, para su implementación y uso dentro de los procedimientos de contratación que realizan.

4. Revisar que exista armonía normativa entre la LOSNCP, su Reglamento y la Codificación de Resoluciones, y así también, se reglamente el proceso de veeduría ciudadana contemplado en la LOSNCP para fortalecer los mecanismos de vigilancia a nivel nacional en los procesos de contratación pública, debido a que actualmente no sería lo suficientemente eficaz ni amplio conforme lo percibido en las encuestas realizadas a los proveedores del Estado.
5. El SERCOP, en conformidad con la normativa de contratación pública vigente, debe considerar abstenerse de presidir los comités técnicos en los procesos de Subasta Inversa Corporativa de Alimentación Escolar, debido a que no se encuentra expresamente establecido como una de sus atribuciones dentro de la LOSNCP.
6. Se fomente la aplicación de procesos concursables para la contratación de bienes, servicios u obras (los cuales a la fecha se llevan a cabo tanto en Régimen *Común* como *Especial*), con el objetivo de incrementar la competencia entre los diferentes proveedores del Estado. En línea con lo anterior, es necesario que se revisen las motivaciones que sustentan los procedimientos de contratación directa, a efectos de que no se utilice de forma injustificada e indiscriminada este tipo de procedimientos, ya que en los mismos no se consideran términos de competencia.
7. Se observe que los requisitos de orden técnico que se exigen para el procedimiento de cotización de obras, mismos que no son considerados dentro de la evaluación final, se establezcan de forma técnica, con información suficiente, y con principios de proporcionalidad e igualdad de condiciones, con el fin de que en la menor medida de lo posible distorsionen la competencia dentro de los procesos de contratación pública.
8. Revisar la parametrización de los campos que las entidades contratantes registran en el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador (SOCE), a fin de que sean corregidas las inconsistencias detectadas en el presente estudio durante el proceso de recolección y procesamiento de las bases de datos del SERCOP, como son: la falta de información relacionada con los expedientes; la no debida actualización de la información según las fases del proceso; y, los errores en la carga de información. La enmienda de estos inconvenientes puede conducir a la obtención de información más completa y precisa que permita, entre otros beneficios, una mejor toma de decisiones o elaboración de políticas por parte de las entidades y autoridades del Estado, lo que también permitirá un mejor control de las posibles prácticas anticompetitivas.
9. En relación con la recomendación anterior, se debe impulsar la construcción de un sistema de *Datos Abiertos* que posea información completa y actualizada de los distintos sectores, mismo que sea generado con la cooperación y participación de todos los actores (públicos o privados) de los distintos sectores, y que permita articular toda la información posible a fin de que sirva como insumo para las entidades contratantes dentro de la elaboración de los estudios de mercado que se levantan en los procesos de contratación pública. Por su parte, el SERCOP debe exhortar, dar apoyo y controlar que las distintas entidades contratantes realicen con mayor rigurosidad y grado de cumplimiento las acciones dispuestas (especialmente) en la fase precontractual, sin perjuicio de los controles en las demás fases de planificación y contratación.

10. En aplicación de los principios de competencia, es necesario que en los procesos de contratación que llevan a cabo las entidades contratantes, se observe que no se produzcan concentraciones o monopolizaciones injustificadas en la contratación de productos, servicios u obras. Adicionalmente, que los procesos de contratación sean lo más competitivos posibles, con la participación de un número suficiente de ofertantes interesados para que se disminuya el riesgo de colusión entre los participantes de dicho proceso.
11. Considerar que un proveedor registrado en el Registro Único de Proveedores -RUP- e invitado en el sistema SOCE, solamente puede generar efectivamente presión competitiva dentro de un proceso de contratación pública cuando cumple con los requerimientos establecidos en los pliegos de la entidad contratante, por lo que existe una cantidad de proveedores registrados en el RUP pero que no han participado en procesos de contratación pública a través de la presentación de ofertas durante un largo periodo de tiempo o nunca han participado; de esta manera, con el fin de que se pueda verificar adecuadamente que la invitación alcanzó un número de proveedores con capacidad disponible de oferta, se considera que es fundamental:
 - a. La depuración y actualización del Registro Único de Proveedores -RUP-.
 - b. El análisis para vinculación del Registro Único de Proveedores -RUP- con el Registro Único de Contribuyentes -RUC-.
12. En el caso específico de selección para la contratación del único proveedor logístico a nivel nacional para el almacenamiento y dispensación de fármacos, se debe considerar que si bien en ciertas industrias reguladas (que hacen un uso masivo de redes de distribución) un solo operador puede ser más eficiente por economías de escala o de ámbito, se debe asegurar y tomar en cuenta previamente, al menos, lo siguiente:
 - a. Que el proceso de contratación sea lo más competitivo posible, con la participación de un número suficiente de ofertantes interesados para que se disminuya el riesgo de colusión entre los participantes de dicho proceso.
 - b. Que el ganador, al configurarse como un monopolio dentro del almacenamiento y dispensación de fármacos, esté objetiva y técnicamente regulado, para prevenir o evitar que ejerza de manera perniciosa su poder de mercado en el sector.
 - c. Que el control o poder de mercado que pueda tener este operador dentro de la distribución de fármacos, no distorsione el mercado (sobretudo) en las últimas fases de la cadena de comercialización, debido a que sus redes de distribución podrían convertirse en *facilidad esencial*, y potencialmente la falta de acceso a esta red pueda excluir injustificadamente a varios participantes del mercado.
13. A fin de evitar posibles acuerdos colusorios entre los ganadores de un procedimiento y los oferentes que participan en el mismo proceso de contratación, se debe considerar la pertinencia de una reforma a la normativa correspondiente debido a que actualmente no hay ningún tipo de restricciones para la subcontratación entre mencionados actores. Además, se recomienda incluir

en el SOCE reportes de información respecto de las subcontrataciones por proceso de contratación, para un adecuado seguimiento y control de los mismos.

14. Considerar las recomendaciones generales contenidas en los oficios SCPM-IGT-2020-028, SCPM-IGT-2020-030, SCPM-IGT-2020-032 y SCPM-2021-103.
15. Se publique y divulgue a través de los canales comunicacionales del SERCOP el estudio de mercado realizado por la SCPM al funcionamiento, dinámica, estructura y posibles fallas de mercado al sistema nacional de contratación pública, a fin de que las entidades contratantes y proveedores del Estado implementen mejoras y acciones de revisión y control que permitan fortalecer la contratación pública incentivando la competencia.

DISPOSICIONES GENERALES

PRIMERA.- Se dispone a la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia realizar el seguimiento de las recomendaciones realizadas en el presente instrumento.

SEGUNDA.- Encárguese la Secretaría General en coordinación con la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia de la notificación de la presente recomendación al Servicio Nacional de Contratación Pública.

TERCERA.- Encárguese la Secretaría General de la publicación de la presente Recomendación en la página web e intranet institucional.

CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE.-

Dada en Quito, Distrito Metropolitano, el 02 de marzo de 2022.

Danilo Sylva Pazmiño
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO



FIRMAS DE RESPONSABILIDAD		
Revisado por:	Nombre: Juan Raúl Guaña Pilataxi Cargo: Asesor de Despacho	
	Nombre: Elizabeth Landeta Tobar Cargo: Intendente Nacional Jurídico	
	Nombre: Ricardo Freire Granja Cargo: Intendente General Técnico	
	Nombre: Daniel Granja Matovelle Cargo: Intendente Nacional de Abogacía de la Competencia	